POR EL CONVENTO DE SANCTA YNES,

EN EL PLEYTO

CON

LOS ACREEDORES DE Doña Thomasina de las Barillas.

VALESE Doña Thomasina, de el beneficio de el Veleiano, diziendo que ella fue fiadora, aunque suena principal en la escriptura del censo de los ochocientos ducados, sobre que se litiga: porque dize que el dinero no entrò en su poder, sino en el de sus hermanos, y assi fueron principales, aunque suenan fiadores. *l. sed Iulianus*, (alias) *item. 7. §. sed Iulianus. ff. ad Macedon. Gratianus discept. 701. n. 5. tom. 4.* vbi plures refert *Menoch. cons. 795. n. 1. tom. 8.* Y con este fundamento obtuuo en Vista. De que ha suplicado el Conuento, y pretende se reuoque la sentécia, y se le dè grado por su tributo.

Lo primero, porque el Conuento funda su intencion en la escritura de obligacion, por la qual consta que D. Thomasina fue principal obligada deudora, e imponedora, y sus hermanos los fiadores. Y esto basta para q̃ no se valga del Veleyano, porq̃ solo cópete a las mugeres fiadoras, no a las q̃ se obligan y contratã como principales. *l. 2. l. si aduersarius. C. ad Velleian. l. 3. tit. 12. p. 5.* latè *Gutier. de iuramento. cap. 20. n. 1. Gomez in. l. 61. Tauri. n. 4.* Y no consta que el dinero que dio el Conuento, lo recibiessen los hermanos, ni fuesse para ellos antes lo que consta es, que el año de 609. se impuso el tributo, y recibio el dinero D. Tomasina. Y el año de 620. en 25. de Iunio del, le hizieron sus hermanos vna cedula de resguardo, que estâ reconocida en 28. de Agosto de el año de 620. por la qual dize Gaspar Antonio de las Barillas estas palabras: *E porque los dichos ochocientos ducados que la dicha Doña Thomasina mi hermana como principal, e yo*

el dicho Gaspar Antonio como su fiador tomo, fuerō para mi, y los recebi de la dicha mi hermana en reales de cōtado, y los gastè y cōuerti en mi propria vtilidad, &c. Y esto basta para que no se pueda valer del Veleyano.

Porque aunque se tiene por principal el que recibe el dinero, y por fiador el que no lo recibio, aunque se obligue como principal: esto se entiende y procede entre los mismos obligados, y para con ellos respectiuè, pero no para con el acreedor, en cuyo fauor se obligaron: que para con èl el que se obligò como principal, es principal; y aū el que se obligò como fiador, si se obligò in solidum como principal, tambien es principal: y en efecto para con el acreedor no ay distincion, porque cada vno conserua la calidad de su obligacion en la forma que suena el instrumento, en que no puede auer duda. Assi lo dize *Romano consf.114.n.3.* donde pondera las palabras del instrumento, y dize: *Ex quo igitur expressa est obligationis qualitas, non potest eadem in dubio refragari, scilicet, an fideiussores sint, vel principales? Quando enim plures principaliter se obligāt, eadem semper firma manet obligationis qualitas adeó, vt omnes sint in obligatione principales, licèt ad vnum tantùm ex eis pecunia peruenerit, vt est casus expressus in.l.1. C.de rebus creditis, &c.* Optimè *Antonius Gabriel commun.opin.lib.3.tit.de fideiussoribus conclus.2.ex.num.2. Gratianus discept.962.n.43. & disceptat. 970.n.34.tom.5. Rodriguez de reditib.lib.2.q.5.n.5.*

Y esto procede sin duda, constando como consta por el mesmo resguardo de que se vale Doña Thomasina, que ella recibio el dinero del Conuento, y se lo dio a su hermano prestado, con obligacion de que la sacasse a paz y a saluo, vt est textus expressus in *l.si mulier.11.ff.ad Velleianum,* ibi: *Si mulier tanquam in suos vsus pecuniam acceperit, alij creditura non est locus Senatusconsulto.* Y no importa que el acreedor lo sepa, vt est textus in. *l.si fenebris, C.ad Velleianum,* ibi: *Licét creditor causam contractus non ignorauerit.*

Y aunque la *l.Seya.§.fundum,* y la *ley quidam, ff.eodem,* resueluen que si el creedor supo que no recebia la muger el dinero, ni era principal deudora, sino el otro, le vale el Veleyano; la inteligencia y cōcordancia destos textos es, que en la *ley Seya.* y en la *ley quidam,* el acreedor contratò principaliter con los fiadores, y simulò que la muger fuesse principal, y el mismo acreedor entregò el dinero al fiador, y no a la muger, y participò de la fraude y simulacion de el contrato, y lo hizo quęsito colore, sabiendo el acreedor que la muger era fiadora, *l.quamuis, § si cum essem, ff.ad Velleianum,* ibi: *Si cū essem tibi contracturus mulier interuenerit, vt cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse. l.item si filius, §.sed Iulianus, ff.ad Macedonianum.*

Pero

Pero en la *ley si fenebris*, no fue assi, porque el acreedor tratò cō la muger como principal, y siguio su credito: y aunque supo que el dinero lo queria para el marido, y que èl lo auia de recebir, no le prejudicò, porque ella contratò para si, y en su nombre; y auiendo recebido ella el dinero, lo pudo dar a quien quiso, y no tuuo obligacion el acreedor de saber en que lo conuertia: *dicta. l. si mulier, ff. ad Velleianum: Alioquin nemo cum fœminis contrahet, quia ignorare potest quid acturæ sint, &c.* Lo mismo prueba la *l. vir vxori. ff. eodem*, ibi: *Quoniam quidem plurimum interest, Vtrum cum muliere quis ab initio contrahat? on alienam obligationem in eam transferat? tunc enim diligentiorem esse debere, &c. l. bona fide. 27. ff. eodem*, ibi: *Bona fide personam mulieris in contrahendo sequutus ob ea, quæ inter maritum & vxorem accepta pecunia gesta sunt exceptione Senatusconsulti non submouetur. l. sed si ego. 4. ff. ad Velleian.* ibi: *Sed si ego cū muliere ab initio contraxerim, cùm ignorarem cui hæc factum vellet, non dubito Senatusconsulto cessare.*

Y desta manera concuerda estos textos la *Glossa in. l. si fenebris, C. ad Velleian. verbo ignorauerit, in fine.* Y mejor lo dixo el texto en la *ley cum ad eas. 19. C. ad Velleian.* donde resuelue que es necessario quod *calliditate creditoris mulieris obligatio sumat primordium, veluti si creditor qui cum alio contrahere proposuerit, mulieris personam elegit.* Ita in specie tenet *Paponius lib. 12. tit. 5. arresto. 4. vers. 7.* vbi bene explicat has leges, y dize que es necessario quod *expressa collusione, & fraude aperta mulierem pro fideiussore oblatam metu Velleiani recusatam fuisset, & inter eos conuentū melius fore, si pecunia ei mutua daretur, & numeretur, quæ se obligaret, eamque postea debitori traderet, tunc enim Velleianum locum habet.* Demanera que es menester que la fraude y colusion se pruebe contra el acreedor clara y expressamente.

Y assi lo entiende, y explica los textos *Rodriguez de reditibus, quæstione 5. lib. 2. n. 34.* donde resuelue que quando el acreedor contratò con la muger como principal, y ella recibio el dinero aunque fuesse para otro, y aunque lo supiesse el acreedor, importa poco, como èl no aya participado del fraude; y es necessario que se prue be que se tratò y contratò, aun con el acreedor, como lo aduierte el mismo *Rodriguez num. 35.* ibi: *Secundo, quia in dicta lege si fenebris, creditor principaliter contrahit cum sola muliere: & sic licèt sciat quod mulier inde postea factura sit, tamen ex dolo non concluditur color quæsitus, nisi probetur de tractatu habito à creditore cum eo cui mulier datura est, vt mulier pro securitate creditoris interponeretur, quo tractatu habito satis probatum est colorem quæsitū, quo cessante, vel non probato, non arguitur ille color ex sola scientia creditoris; qui totam pecuniam soli mulieri numerat, & ponit, & reliquit, in cuius dominio,*

&

& libera disponendi facultate, vnde cùm principaliter cum ea sola sine alio suspecto tractatu contraxerit, & sic in casum licitum, non tenetur esse solicitus quid illa postea agat, siue de toto, siue de parte, &c. Late *Socinus cons.83. volum.3* donde duda quãdo se dirà color quæsitus, y quien lo debe probar? Y resuelue que quando se simula vn contracto por otro, *est color quæsitus*, vt in *l.fin.§.item si mulier, ff.ad Velleian*; y quando participò de este fraude y simulacion el acreedor, y entonces lo ha de probar la muger, porque el acreedor no necessita de probar nada, porq̃ se funda en el instrumento. *Et regulariter actus non debet censeri simulatus, sed qualis ex facie instrumenti apparet, cui in dubio standum est. l.cum precibus, C.de probationibus.* Y desta manera se entiende la *.l.quamuis.§.plane ff.ad Velleian.* que pone la misma especie, ibi; *Plane si mulier intercessura debitorem suum delegauerit, Senatusconsultum cessat; quia etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum.* Lo mismo dize la *.l.nec interest, ff.eodem*, ibi; *Nec interest pecuniam soluendi causa numeret, an quamlibet rem in solutum det? Nam etsi vendiderit rem suam, siue pretium acceptum pro alio soluit, siue emptorem delegauit creditori alieno, non puto Senatusconsulto locum esse.* Y la razon es, porque no participa el acreedor deste fraude, ni basta que lo sepa, porque es necessario que èl mismo lo contrate, y lo deponga assi.

Pero quando el contrato se haze principaliter con la muger, y ella se obliga como principal, y el acreedor siguio su credito, aunque in rei veritate sea fiadora, o el dinero para otro, no se puede valer del Veleyano, porque ella es quiẽ engaña al acreedor. *l. fœminis.18.C.eodem.l.2.§.sita demum.l.si mulier.23.l.si decipiendi.30.ff. ad Velleianum.* Y el acreedor tiene por si la presumpcion mientras no cõstare lo contrario; ita in specie resoluit *Antonius Faber diffinit.7.C.ad Velleian.* ibi; *Nec odiosam esse creditoris causam, nisi cum apparet id eum scienter dolo malo egisse, vt mulier intercederet, aut per calliditatem fecisse, aut consensisse, vt ex eius persona obligatio sumeret exordium.* Lo mismo dize *Paponio arresto 2.dicto libro 12.tit.5.* ibi; *Si constet mulierem solicitasse creditorem ad mutuum dandum, eamq; mutuum procurasse, cui postea se se cum debitore instar fideiussoris obliget, quantumuis ea expressé Velleiano nondum renunciauerit: ad opponendum tamen hoc beneficium non admittitur.* Y alega la *.l.sed si ego*, y la *ley bona fide, ff.ad Velleian.* Lo mismo prueba en el *arresto.5. Quia Velleianum deceptis datur non decipientibus.l.3§.verba.ff.eodem.*

Y esto procede sin duda, quando la muger no se obliga con su marido, ni como correa debendi, porque entonces no es sõspechosa su obligacion; vt ait in specie *Faber dict definit.7.n.10.* Aliud est quando se obliga con el marido, o como correa debendi cõ el, por

que

que entonces se presume fiadora: y por esso el acreedor ha de ser diligente y solicito en saber en que se cõuierte el dinero, que dio ipse Faber *definit.20.per totam, & num.8.ad Velleian.*

Y cõ ser tan sospechosa la obligacion con el marido, pues la *l. 61. de Toro, y la l. 9. tit. 3. del lib. 5. recopilat.* anulan la obligacion de la muger, como fiadora de su marido, y como correa; en tanto es valida, en quanto se probare auerse conuertido en su vtilidad, adhuc si la muger se obliga como principal, y el marido como su fiador, vale la obligacion, sino es que el acreedor tuuo fraude, y simulò el contrato como queda dicho, y mientras no se le probare, siguiò el credito de la muger, y no le prejudica el auerse obligado con el marido en vn mismo contrato Ita tenet *Anton. Gomez in dict. l. 61. Tauri, num. 4. Matienço in dict. l. 9. tit. 3. lib. 5. recopilat. gloss. 3. num. 4. Francisco Marco decis. 507. num. 11. Gail. obseruat. 90. num. 7.*

Desto resulta, que en el caso deste pleyto no se puede valer D. Thomasina del Veleiano; porque contratô con el Conuento, como principal deudora, y sus hermanos como sus fiadores, y ella recibiô el dinero, y lo entregò despues a su hermano: y assi lo cõfessò, y consta de la escritura, y del resguardo, y todo lo demas que dize no consta, ni està probado que el Conuento hiziesse el contrato con los hermanos, ni les huuiesse entregado el dinero, ni tenido dolo; antes lo contrario: porque si huuo resguardo entre ellos, fue porque les entregò ella el dinero, y le resguardaron, sin ciencia, ni interuencion del Conuento, y esto fue onze años despues de la imposicion. Y qualquier pacto hecho entre ellos, no pudo prejudicar al Conuento, *l. debitorem, C. de pactis.*

Contra todo esto se pondera por D. Thomasina la licencia del Prelado, que està inserta en la escritura, en que se dize, que las Mõjas informaron, que era vtil imponer a tributo en Gaspar Antonio de las Barillas 30U880. reales; y el Prouincial dà licencia para que se haga la dicha imposicion, con que el susodicho, e su hermano den fianzas abonadas desta licencia. Infiere Doña Tomasina, que el contrato no se hizo con ella al principio, sino cõ sus hermanos; pues si huuiera tratado con ella, se pidiera la licencia a su nombre.

Pero no ay cosa que mas prueba la simplicidad del Conuento, y el engaño que padecio: porque esta licencia no fue para este cõtrato. Y se prueba della misma, pues se pidio para imponer 30U. 880. y tantos reales en Gaspar Antonio, y esta escritura no es mas que de 800. ducados, y no fue el imponedor de Gaspar Antonio,

ſino Doña Tomaſina, y della no ſe haze mencion en la licencia, y aſsi ſe inſertò en la eſcritura fuera de propoſito: y ſi a el Conuento le eſtuuiera bien dezir de nulidad della, facilmente lo pudiera hazer, por defecto de licencia, porque verdaderamente no la tuuo, y aquella fue para otro contrato que no tuuo efeto, pues no parece, y aſsi no haze argumento en pro, ni en contra, ni la cantidad de los dos tributos ſobre q̃ ſe litiga, importa mas de 30U300. reales, conq̃ no llega a la cãtidad de la licencia, y aſsi no fue para vno, ni para otro. Y eſto miſmo lo tiene alegado y confeſſado Doña Tomaſina, en el pleyto de los hermanos, donde alegò de nulidad de eſte cenſo, por lo miſmo que aqui alega, y por defeto de licencia, como conſta de ſu peticion, de que ay teſtimonio en eſte pleyto, ibi: *Mayormente que la licencia que eſtà inſerta en la dicha eſcritura del Prouincial de las dichas Monjas y Conuento, no es para dar a tributo a mi parte los dichos 800. ducados, ſino para dar a Gaſpar Antonio Rodriguez de las Varillas 30U800. reales; y aſsi en la perſona, como en la cantidad, no ſe verificò la dicha licẽcia.* Cõ lo qual importa poco la licẽcia, y era neceſſario que ſe probaſſe la fraude, y la coluſiõ clara, como ſe ha dicho; y contra el Conuento no ſe preſume, antes lo contrario, porque no tuuo neceſsidad de hazer fraude, pues dio ſu dinero. Y a communiter accidentibus quien tiene el dinero, y lo dâ con tan moderado premio, como es de cinco por ciento, no ruega con el, ni ſolicita el darlo; antes es rogado y ſolicitado. Y eſto es notorio, pues para qualquier dinero que los Conuẽtos y las Fabricas han de emplear, ay pretenſiones y fauores que interponen todos los que lo han meneſter. Demas de que ſi fuera con malicia el Conuento, y la huuiera tenido, mucho mas facil fuera auerle hecho renunciar el Veleiano: pero como tratò con buena fè, hizo ſu cõtrato ſin cautelas, ni preuenciones.

Lo ſegundo que ſe conſidera por el Conuento, quando ceſſara lo que ſe ha dicho, es que el Veleiano vino a ſocorrer la fragilidad de las mugeres fiadoras, por la facilidad conque ſe obligan por otros, *l.2.ff.eod.* maximè quando el contrato es de mutuo; pero quando la muger vende ſus bienes para dar el dinero a otro, ò pagar los acreedores de ſu marido, no corre con tanta facilidad el Veleiano, porque no eſtà prohibido que la muger venda ſus bienes, aunque ſea para pagar el precio a los acreedores del marido, *vt eſt text. in. l. Senatus Conſultum, §. ſed ſi prædia, C. ad Velleianum,* ibi: *Sed ſi prædia tua annis maior viginti quinque vendidiſti, & pro marito pecuniam ſoluiſti, deficit auxilium Senatus Conſulti. l. quamuis, §. planè. ff. eod.*

Lo

Lo mismo dize la. *l. nec interst, ff. eodem.* Y para que le valga el Veleiano, es necessario que el mismo acreedor compre los bienes, y participe de la fraude, y èl haga la simulacion, *vt in. l. fin. §. item si mulier, ff. ad Velleian.* Comprobat Paponius *arresto 4. tit. ad Velleian.* donde concuerda la. *l. Senatus Consult.* con el. §. *item si mulier*, diziendo, quòd *in dict. l. Senatus Consult. mulier tertio cuidam vendidit alteri, quám creditori mariti sui, & ipsemet quæsiuit, & inuenit emptorem: at veró in dict. §. si mulier creditori, vel alteri á creditore supposito vendidit.* Lo mismo dize *en el arresto 6. Quia multum interest inter fideiussionem & venditionem: itemq́ emptorem minimé empturum fuisse, nisi mulier venditricem in solidum se constituisset.* Lo mismo prueba en el *arresto 13. eodem tit.* Expressè Socino *dict. cons. 83. volum. 3.* donde dize quando se dirà *Color quæsitus.* Rodriguez *dict. q. 5. num. 34.*

Y esta doctrina se ajusta indiuidualmente en fauor del Conuento, porque este contrato no fue sospechoso, porque no fue de mutuo, sino de venta verdadera y real; pues ya se sabe que la imposicion del censo es venta del anuo redito: y assi quien lo impone vende, y quien dà el dinero, compra el *ius percipiendi*, como lo dize la misma escritura, y con esto se justifica este contrato de censo consignatiuo, y se libra de peligro de vsura, como lo dizen todos los que tratan la materia censual: y assi por ser este contrato de vẽta, no se aplica el Veleiano, porque Doña Tomasina fue la vendedora, y aunque el precio fuesse para los hermanos, y verdaderamente fuesse fiadora dellos, y lo supiesse el Cõuento, no le podia aprouechar el Veleiano, porque el Conuento no era antes deste contrato acreedor de los hermanos, ni ellos le debian nada, y assi no huuo obligacion antecedente, a que pudiesse llegarse la de Doña Tomasina, ni huuo materia para que pudiesse auer simulacion, ni *color quæsitus*, porque el contrato fue verdaderamente de compra o venta, y fue la vendedora del anuo redito la dicha Doña Tomasina, y en este mismo contrato se fiaron los hermanos, y todos se obligaron como principales in solidum, en fauor del Cõuento, que fue el comprador tercero, que no tuuo fraude, ni tuuo para que tenerla, ni simular, pues no trataua el Conuento de cobrar nada, ni a èl se le debia, sino de cõprar el censo de Doña Tomasina, a quien le diò su dinero. Y no puede negar Doña Tomasina que lo vendiò y impuso, aunque diga que el dinero fue para los hermanos, porque adhuc la renta y la imposicion fue valida. Y assi no ay materia del Veleiano, *dict. l. Senatus Consult. §. si prædia, C. ad Velleianum.* Ipse Paponius *arresto 4. eodem tit. vers. 8.* ibi *Octauò notandum*

tandum est, quòd si mulier immobilem rem suam tertio cuidam vẽdat, vt ex pretio quod recipit, mariti sui debitum soluat, hoc casu Velleianum non habet, & venditio valida est.

Lo tercero, como quiera que se considere este contrato, o sea en el Doña Tomasina principal, o fiadora, no es disputable, que no le compete el Veleiano, porque se hizo mas ha de veinte y cinco años, y desde entonces lo ha pagado Doña Tomasina, y el año de 27. y 36. fue executada, y opuso de las pagas, y presentò cartas de pago: y quando muriò su marido, no quiso que se vendiessen los bienes con el cargo de los tributos, sino que se le adjudicassen con el mismo cargo, y se apreciaron y liquidaron todos los tributos, assi los de los bienes dotales, como los del marido, y en la liquidacion entrò este, y se le adjudicaron con cargo dellos, y se obligò de nueuo, y los ha pagado, hasta que se formò este concurso, y nunca ha dicho de nulidad por este defeto del Veleiano. Y en el pleyto de los hermanos se opuso por el resguardo, pidiendo grado, confessando que ella auia sido la imponedora, y que estaua obligada como tal al censo. Y desta geminacion de actos se presume y prueba auer sido principal y fiadora en su misma causa, y passados dos años se purga este defeto; porque el contrato aunque sea fiança, es valido mero iure. Ita expressè *text. in. l. si mulier, 22. C. ad Velleian.* ibi: *Sin autem post biennium hæc fecerit, sibi imputet, si quod sæpiùs cogitare poterat, euitare non fecit, sed vltrò firmauit, videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, l. 3. tit. 12. p. 5. versic. la quarta.* Y aqui la gloss. 8. dize, que esta es presumpcion iuris, & de iure, que no admite probança en contrario. Y es de aduertir, q̃ estas leyes proceden, quando no ay duda en que la muger fue fiadora, y se obligò como tal; y en este pleyto no se obligò sino como principal: y ay contra ella la presumpcion del instrumento, y assi concurren muchas presumpciones de Derecho, que hazen probança liquidissima y concluyente. Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 21. Plures refert Barbosa in collect. ad dict. l. si mulier. Notabiliter Paponius arresto 7. dict. tit. ad Velleian.* donde dize, que si despues de la sentencia dio prendas spontè al executor, sin oponer del Veleiano, no se puede valer del, *Quia vltimus consensus geminatæ instar fideiussionis est, aduersus quam ea non admittitur.* Lo mismo refiere y sigue Cristineo *decisione Belgica 29. num. 9. C. ad Velleian. tom. 3.* y en el *num. 1. vers. sextus verò casus,* prosigue latamente lo que obra la ratificacion, y los actos geminados en esta materia post biennium: y assi solo

auer

auer pagado tantos años en execucion del contrato, basta para que no le valga el Veleiano: ni pudiera repetir lo pagado, pues no puede ignorar que fiò, y que le valia el beneficio. *Textus notabilis à contrario sensu, in l. quamuis, C. ad Velleian.* Y para esto lo pondera *Linglois decis. 14. quæst. 1. num. 13.* ibi: *Idem obtinet, etsi ipsa soluit post fideiussionem interpositam, non ignorans exceptionem Velleiani sibi competere. Argument. à contrario, in l. quamuis, C. ad Velleian. & l. 2. C. de his quæ vi,* dõ de la paga voluntaria purga el miedo precedente: y lo mismo obra qualquier acto que induzga ratificacion. Latè Pereira de Castro *decis. 30. num.* y el tiempo de tantos años es bastante para induzir ratificacion, *l. final. C. si maior factus.* Sic tenet Gratian. *discept. 879. num. 17. tom. 5.* & in diuiduo tenet Antonius Gomez *in l. 61. Tauri, num. 1.* Y pues aqui concurre el tiempo, las pagas voluntarias antes de la execucion, y despues, y el nueuo contrato y reconocimiento en la adjudicacion in solutum, y el resguardo, no tiene fundamento alguno la pretension del Veleiano, aunque huuiera sido Doña Tomasina fiadora como pretende. Y no obsta dezir, que pagò como fiadora, porque el Conuento la dio lastos contra los hermanos. Porque el Conuẽto no le ha dado lastos; y si algunos dio el Mayordomo, fue al Administrador cõtra los bienes del cõcurso de D. Tomasina, y despues de estar pẽdiente, y no prejudicar al Conuento, y las pagas hechas por Doña Tomasina, son sin lastos. Y como quiera que sea, al Conuẽto compete beneficio de restitucion contra qualquier acto de sus Mayordomos, y no les pudieron prejudicar.

Quando todo lo dicho cessara', que procede ex alio capite, es llana la justicia del Conuento: porque aunque regularmente a la muger que fiò, le compete el beneficio del Veleiano, entre otras limitaciones desta regla, ay vna, y es quando la muger fia en fauor de otra muger, o de algun menor, Iglesia, o obra pia, o persona priuilegiada, mucho mas si el deudor principal no tiene de q̃ pagar. Para esto es expressa la *l. si apud minorem, 12. ff. de minorib.* y assi lo aduirtiò Linglois *dict. decis. 14. q. 1. num. 15.* Y esta es la razon porque no le vale el Veleiano a la muger, quando fia en causa de dote, *vt in l. final. C. ad Velleian. l. 3. tit. 12. p. 5.* porque la dote es causa pia, *l. cùm ijs, §. si in ea, ff. de condict. indebiti:* Et ex identitate rationis se estiende esta limitacion a todas las obras pias, y Iglesias. Assi lo notò Cristineo, *dicta decis. 36. ad Velleian. num. 4.* ibi: *Prætereà sciendum est, cùm dos numeretur inter pias causas, propter eandem rationem mulieris etiam teneri, nec iuuari Velleiano, si in alijs pijs causis intercedant; in ipsis enim*

causis fit extensio de vna ad reliquas, ita quod idem iuris sit in alimentis pauperibus, Ecclesijs, alijsq́ pijs locis relictis obseruandum, quod in dote, glos. in. l. illud suprà, de sacrosanctis Ecclesijs.

Y pues este contrato se hizo en fauor de vn Conuento de Monjas, no se puede oponer contra êl la excepcion del Velciano, porque el Conuento por si, y las Mõjas por si son igualmente priuilegiadas, y cessa la razõ de la fragilidad del sexo en D. Tomasina.

Respondese a la Nulidad que se opone, de no auer fê de paga en el Censo.

ESta question disputa largamente Auendaño *de censib. q. 45. per totam*, y en el *num. 19.* resuelue que basta la confession de receppto, quando concurren algunas conjeturas con ella, y aqui consta del recibo, porque la clausula de la escritura dize assi: *Los quales yo la dicha Doña Tomasina recibo de la dicha Abadessa y Monjas, por mano de Iuan Antonio Aragones, que haze oficio de Mayordomo del dicho Conuento, en reales de plata doble, que lo montaron, y lo valieron, y me doy por contenta y pagada, y entregada a mi voluntad.*

Y en estos terminos no se puede dudar del recibo, ni se puede oponer de la *non numerata*, assi por ser passados tantos años, como porq̃ estas palabras tã geminadas prueban la real numeracion, vt in specie tenet Gratianus *discept. 879. tom. 5. ex num. 21. cum seqq.* y en el *num. 25.* pondera, que quãdo se dize que el dinero se entregò por mano de algun tercero, como aqui, *semper probatur quôd præcessit vera numeratio.* Demas de que, del recibo del dinero consta, no solo por la confession de la escritura, sino por todo este pleyto; porq̃ Doña Tomasina no niega que el Conuento le diò el dinero, sino dize que fue para los hermanos, y que ellos le hizieron resguardo a ella: *Ergo habemvs intentum*, pues si entre ellos huuo resguardo, porque ella les dio el dinero, *necessariò sequitur*, que el Conuento lo desembolsô, y esto solo basta para excluyr su fundamento.

Y que ella lo huuiesse recebido del Conuento, y dadoselo a sus hermanos, consta de la misma cedula de resguardo, que ella presentò en el concurso de acreedores, que suplicamos se vea, porque importa mucho para este punto: Y es de aduertir, que este resguar do y declaracion se hizo por Agosto del año de 620. y la imposicion fue por el año de 619. de manera que ay confessiones geminadas del recibo del dinero, y ay la paga continuada de tantos años, y consta con certeza, auer passado el dinero de el Conuento

de

de vnos a otros: y assi no se puede poner duda en el recibo, y era necessario que Doña Tomasina probasse lo contrario con probãça plenissima, porque tiene contra si la presumpcion del instrumento, y sus confessiones, *vt in specie tradit Egidio, in l. ex hoc iure 2. p. cap. 8. num. 14.*

Cæterùm, aunque el contrato de censo huuiesse sido nulo, por faltar la fè de paga, adhuc constando que ella recibiò el dinero, como consta, quedò obligada ciuil y naturalmente a la restitucion, ya que no por accion del mismo contrato, en caso que huuiesse sido nulo por defecto de solemnidad, o recindible por el Veleiano, o por otra causa, *tenetur ex æquitate naturali per actionem de in rem verso. l. 3. vers. & regulariter, ff. de in rem verso*: y por la equidad de la ley *Si me, & Titium, ff. si certum petatur, vbi habetur, quòd quando res mea peruenit ad alium sine iusta causa, possum eum conuenire ex æquitate illius legis, & repetere condictione sine causa, & certi condictione generali, quæ cum ea concurrit, l. seruus quém. ff. de actionibus empt. vers. secundùm quæ. l. si negotia. ff. mandat. l. perpetuò. ff. de cond. ob turpem caus. l. vir ab eo. ff. de iure dot. l. nam hoc natura. ff. de condit. indeb. cum alijs.* Et singulariter tenet Paulus de Castro, *in l. fin. C. negot. gest. quòd licét gestor non possit propria actione negotiorum gestorum agere, tamen ex æquitate prædictæ legis, si me, & Titium, & aliarum, bene potest agere contra eum ex negotio gesto, quia vtilitatem sensit.* Y el mismo, en la *l. bis solis, ff. de condict. indeb.* dize, *Quòd si pecunia mea peruenit ad alium sine causa, possum contra eũ agere ex æquitate dictæ legis.*

Y por este fundamento, aun el pupilo que no se puede obligar sin solemnidad y vtilidad, se obliga quando recibe el dinero, *Propter rem, & commodum: nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius iactura fieri locupletiorem. l. 14. ff. de condictionibus indebiti. l. pupillus, 59 ff. de actionib. & obligationib. l. Stichus, 95. §. naturalis. ff. de solut. vbi ait Consultus, hanc obligationis naturalis speciem æquitatis vinculum esse comprobat.* Latè Narbona Iunior, *in tract. de ætat. ann. 14. q. 6. num. 5. & est textus in l. quòd si minor, §. restitutio, ff. de minorib.* dõde se prueua, que quando el menor pide restituciõ, ha de boluer el precio que recibio, porque *De natura restitutionis est, vt pretium quod recepit, emptori reddat*: Y lo mismo es, quando alega nulidad del contrato, vt tenet Egidio, *in l. hoc iure, 2. p. cap. 5. num. 14.*

Y assi contiene agrauio manifiesto la sentencia de vista, que dà por libre a Doña Tomasina; porque esto es dexarla con el dinero que recibiò del Conuento, y condenar al Conuento, a que le pierda, sin auer cometido delito: pues aunq̃ el contrato huuiesse

sido

ſido nulo, ò recindible por qualquiera excepcion, en fauor de D. Tomaſina, no por eſſo ſe ha de quedar con el dinero que recibiò.

En quanto a la pretenſion de los dos mil ducados, que dizẽ Doña Tomaſina le remitiô el Conuento.

LA pretenſion de Doña Tomaſina ſe reduze, a que el Conuento prometiò darle 2U.ducados, porque ella ſiguieſſe a ſu coſta el pleyto de los hermanos, y hizieſſe que el Conuento fueſſe graduado por vn tributo de 2U.ducados de plata, que los hermanos le debian.

Y para que ſe vea el poco fundamento de eſta pretenſiou, y la inuериſimilitud de eſta probança, ſe ſupone que es conſtante en el Hecho, que el Conuento era acreedor de los hermanos de tres tributos: vno de 2500. ducados, y otro de 800. que ſon ſobre que ſe litiga, y otro de 2U.ducados; y en todos tres tributos era principal obligada Doña Tomaſina, y los hermanos fiadores, y a ella le auian hecho reſguardo de los dos tributos: el vno de los dos mil ducados, y el otro de los ochocientos.

Tambien es cierto, que Doña Tomaſina era acreedora de los hermanos, por las cedulas de los reſguardos que le auian hecho ellos, de diferentes tributos, aſsi los del Conuento, como otros: y por todos eſtos tributos ſe opuſo Doña Tomaſina, y preſentò los reſguardos, y pidio grado para quedar libre. Y tambien era acreedora de otros mil ducados. Y en la ſentencia de graduacion fueron graduados todos los tributos de los reſguardos, y la miſma Doña Tomaſina, por los dos mil ducados, en el 14. lugar. Y tambien ſalio pretendiendo, que auia de ſer dada por libre de la eſcritura de 800. ducados, por auer ſido nula, por no auer renunciado el Veleiano, y no conſtar de fê de paga, y no tener licencia el Conuento: Y para eſte efecto preſentò eſtas eſcrituras, como conſta de ſu peticion, ibi: *Otroſi hago preſentacion de dos eſcrituras de tributo, que mi parte otorgó en fauor del Conuento: la vna de 2U500. ducados de principal, para que en el grado de ſu antelacion y data, y conforme a ſu regiſtro ſe gradue el dicho Conuento en los bienes de los dichos Barillas, para hazerles pago del principal, y corridos que ſe les debieren, y mi parte y ſus bienes queden libres de la dicha obligacion, mediante el reſguardo que los dichos ſus hermanos le hizieron, declarando que ſe tomó para ellos, obligandoſe a la euiccion y paga del principal y corridos: Y la otra eſcritura es de los 800. ducados, contenida en eſta peticion, para que conſte de los defectos della, y mi parte ſea dada por libre,*

como

como aqui se pide. Y assi mismo presentò otra escritura de 300. ducados de principal, que mi parte otorgô por los dichos sus hermanos, de que le hizieron resguardo, que està presentado para que se gradue en su lugar, y se pague su principal de los bienes de los dichos sus hermanos. De manera q̃ ella saliô a este pleyto por su particular interes, y para librarse de aquellas obligaciones, y para esto las presentò: y quien siguiò el pleyto por el Conuento, fue Iuan de Vrbiola, con su poder. Y con solo esta peticiõ se dio grado al Conuento, sin auer duda, ni contradicion por ningun acreedor: Y despues de la sentencia de graduacion se mouieron algunos articulos sobre alimentos, y en razon de la administracion de los bienes; y otro por Don Alonso de Paz, que pretendia cierto derecho en este pleyto, y no era contra el Conuento, sino contra todos los acreedores. Y no ay peticiõ en todo el pleyto hecha por el Conuento solo, sino por Iuan de Vrbiola, que hablaua por la Capilla de las Animas, por santa Ynes, por la Capilla Real, y por otros acreedores, de quien tenia poder, y assi lo dize en sus peticiones. Y despues que se determinaron estos articulos, se vendieron los bienes, y no alcançò para el Conuẽto mas que el tributo de los 2U. ducados, que se le adjudicò por auto de reuista, en el precio de vnas casas, y se le despachò la prouision para cobrar el principal y corridos.

Supuesto esto, no tiene accion Doña Tomasina para cobrar estos gastos. Lo primero, porque la probança es incierta, y està conuencida con el mismo pleyto, y Iuan de Vrbiola era Procurador asalariado del Conuento, y los testigos no merecen credito. *l. ob carmen. ff. de testibus, cum similibus.* Lo segundo, porq̃ en este pleyto litigò D. Tomasina contra el Conuento, pues deduxo la nulidad de la escritura de los 800. ducados, y pretendiò que se graduassen los demas tributos de los resguardos, como se graduarõ, y los 1U. ducados que a ella se le debian: y assi hizo su negocio, y no el del Conuento, vt est *Textus expressus in. l. si pupilli, 6. §. sed & siquis, ff. de negot. gest.* ibi: *Sed & si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa Labeo scribit suum eum potiùs, quã in meum negotiũ gessisse.* Y esta es la razon, porque no se le dà acciõ para cobrar los gastos, como lo dize el *§. siquis,* del mismo texto, ibi: *Si quis ita simpliciter versatus est, vt suum negotium in suis bonis, quasi meum gesserit, nulla ex vtroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur.* Ita in specie Ioan. Garcia *de expens. cap. 7. n. 22. & cap. 19. n. 8.*

Lo tercero, porque el Conuento no tuuo ninguna vtilidad, pues el dinero que cobrò, fue por el tributo de los 2U. ducados,

cuya escritura no presentò D. Tomasina, ni tuuo duda alguna, y quien tuuo la vtilidad, fue la misma Doña Tomasina, pues estaua obligada en esta escritura, y tenia resguardo della, y quedò libre con la cobrança del Conuento.

Lo quarto, porque quando el Conuento huuiesse hecho tal concierto y remission, no la pudo hazer; porque la misma parte articula y prueba, que el concierto se hizo con la Abadessa, Discretas, y Mayordomo, en vn Libratorio, y ya se sabe que el Prelado solo no puede contratar sin el Capitulo entero, o la mayor parte, precediendo tratados, y licencia del superior, y constādo de causa, vtilidad, y necessidad, *cap. penult. de fideiuss. cap. sine except. 12. q. 2. cap. nouit. cap. quanto, cap. ea noscitur, de his quæ fiunt à Prælato.* Comprobat Ægid. *in l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iure, cap. 4. num. 15. & 16. cap. 9. num. 1.* Y todos estos requisitos faltaron en este caso, porque si el Conuento tenia sus escrituras, y su Abogado, y Procurador asalariados, que necessidad tenia de D. Tomasina?

Lo quinto, porque quando todo cessara, los gastos que pide D. Tomasina, no los ha justificado por menor, ni muestra cartas de pago, sino solo a bulto, y son inuerosimiles, porq̄ solo dize que gastò mas de 2ꝟ. ducados: y esto es exorbitante, y mucho mas aduirtiendo, que en esta Audiencia, en los pleytos de acreedores se pagan las hojas en el Oficio, y al Relator por el Administrador, y este es el estilo assentado: y assi en todo rigor no se pudieron gastar 200. reales, y es temeridad pedir dos mil ducados, ni mil. *l. liberto. §. vno. ff. de negot. gest.* que dize, que para que se paguen los gastos hechos en la causa comun, hā de ser necessarios y probables: Y el Conuento ha pedido que se tassen los gastos, y las diligencias que por si huuieren hecho, y esto no se le puede negar.

Finalmente todo lo que el Conuento cobrò, fueron 28ꝟ. y tantos reales, y si se le diessen a D. Tomasina los 2ꝟ. ducados q̄ pide, ò los 1ꝟ. q̄ la sentencia manda, quedaria el Cōuento leso enormissimamente, y D. Tomasina cobrara indebidamēte. Y assi no puede auer duda, en que la sentencia se reuoque en quanto a este particular, y en el tributo de los 80n. ducados, condenando en todo a Doña Tomasina, vt speramus. Saluo, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.